

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS DE CACOAL
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO

**A INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

CECILIA SMITH LOREZOM

CACOAL-RO
2007

CECILIA SMITH LOREZOM

**A INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à
banca examinadora da Universidade Federal de
Rondônia – UNIR – *Campus* de Cacoal, como
exigência parcial para obtenção do Título de
Bacharelado em Direito, sob orientação da
professora Ms. Maria Priscila Soares Berro.**

**Cacoal/RO
2007**

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR ORIENTADOR

A acadêmica CECÍLIA SMITH LOREZOM desenvolveu o Trabalho de Conclusão de Curso sobre o tema “A INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA”, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia apresentado ao Departamento do curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – Unir, *Campus* de Cacoal/RO.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado os prazos pré-estabelecidos.

Assim sendo, a acadêmica encontra-se apto para a apresentação expositiva de sua monografia junto à banca examinadora.

Cacoal-RO, 06 de Agosto de 2007.

Prof^ª. Mestre Maria Priscila Soares Berro

Prof^ª. Orientadora

CECILIA SMITH LOREZOM

**A INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA**

AVALIADORES

Professora Mestre Maria Priscila Soares Berro

nota

Professor

nota

Professor

nota

MÉDIA

**Cacoal/RO
2007**

Dedico este trabalho a Deus, a Paula e Ataíde, meus pais, razões da minha vida. Fernando, meu marido, por toda ajuda dada, e por todo empenho em realizar o que passou a ser nosso sonho. Renê e Jéssica. O sonho de uma só pessoa que nesse momento realiza tantos outros sonhos.

Agradeço,

A Deus misericordioso que olhou por mim cada minuto de minha vida, que me deu o dom da vida, que me dá a graça do amor. Agradeço pai por todas as viagens que fizemos de carreta, quando o senhor me levava pra ver a vida através da realidade. Muito obrigada por sua coragem, força, inteligência e honestidade. Mãe obrigada por sua experiência, paciência, mansidão, palavra certa, amiga, pelo colo, pela ajuda nos momentos mais difíceis, pelo amor. Agradeço também mãe por seu joelho calejado que foi o motivo primordial pela minha volta a Rondônia e por eu estar nesta Instituição (além de Deus, é claro), agradeço inclusive por todas as suas preces, agradeço as broncas pra estudar, o esforço do trabalho de vocês, que por meio de muito suor me fizeram a mulher que sou. Agradeço pela vontade de ser alguém melhor a cada dia, pois é através do exemplo de vocês que me digno a pensar num futuro melhor. Agradeço por terem me dado a chance do estudo, a chance de conhecer a vida, de conhecer lugares, mesmo que isso por diversas vezes significasse a renúncia de algum desejo de vocês. É agora nesse momento tão decisivo de minha vida que vejo, como um filme, todos os momentos de sofrimentos e angústias onde vocês diziam que seria apenas uma fase; vejo que realmente foi, e que aprendi muito depois disso. Não poderia esquecer de meus irmãos que me ajudaram em momentos cruciais. Agradeço também ao meu marido Fernando, que me ensinou a ter calma, e sempre seguir em frente independente de problemas, que me mostrou como é amar sem esperar nada em troca. Provou-me também que os objetivos da vida são alicerces que devem ser construídos dia a dia em base sólida, para que quando se alcance o resultado, estes não desmoronem em frações de minutos. Agradeço pela imensidão do amor recebido por cada um de vocês. Agradeço também a Professora Maria Priscila Soares Berro, sempre pronta a ajudar seus alunos, e de forma tão amável me ajudou quando precisei, ao Professor Silvério dos Santos Oliveira que se mostrou totalmente receptivo aos

problemas do próximo e que com tanta vontade insiste na luta pela nossa faculdade. O meu muito obrigada a cada um de vocês, pessoas que sempre farão parte das boas lembranças dessa fase de minha vida.

RESUMO

Este trabalho aborda a prisão preventiva, sua natureza jurídica, assim como seus pressupostos, a sua aplicabilidade e os conceitos elucidados a cada um dos temas referidos.

De forma expressa demonstra a inaplicabilidade e ineficácia face a realidade. Expõe os entendimentos dos magistrados, desembargadores e doutrinadores, de forma lúcida. Estuda em especial, que os requisitos da prisão preventiva não são mais suficientes para sanar um problema tão atual. Mostra a impossibilidade do prosseguimento do feito pelo fato de nosso ordenamento jurídico por vezes ser omissivo.

Palavras-chave: Prisão Preventiva, aplicabilidade, natureza jurídica, ordenamento jurídico.

ABSTRACT

This task approaches the preventive custody, its legal nature, as well as its estimated, its applicability and the concepts elucidated to each one of the cited subjects. Of the expressed form it demonstrates the lack of improper use and inefficacy in reality. It shows the agreements of the magistrates, appeals court judges and Authors, of discerning form. The studies in special is that the requirements are not enough to cure such a real and current problem. It shows the impossibility of the continuation of such fact and as a matter of fact of our legal system at times can be omissive.

Key-words: Preventive custody, applicability, legal nature, juridic order

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A EVOLUÇÃO DA HISTÓRIA DA PRISÃO	
2.1. O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA DO SÉCULO XVIII	
2.2. O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO NOSSO ORDENAMENTO	
3. DA PRISÃO	
3.1. DA PRISÃO-PENA	
3.2. DAS PRISÕES PROCESSUAIS	
3.2.1. MEDIDAS CAUTELARES – REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS	
3.2.2. PRISÕES PROVISÓRIAS PRÉ-PROCESSUAIS E MEDIDAS CAUTELARES	
4. A PRISÃO EM FLAGRANTE E A PRISÃO TEMPORÁRIA	
4.1. A PRISÃO PREVENTIVA: PRISÃO PROVISÓRIA E PREVENTIVA	
4.1.1. NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA	
4.2. DA LEGALIDADE E DA CONVENIÊNCIA DA PRISÃO PREVENTIVA	
4.2.1. DA LEGALIDADE	
4.2.2. DA CONVENIÊNCIA DA PRISÃO	
4.3. A FUNDAMENTAÇÃO DO DESPACHO E AS DIVERSAS POSSIBILIDADES QUE LEVAM À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	
4.3.1. A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	
4.3.2. A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA	
4.3.3. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL	
4.4. APLICAÇÃO DA LEI PENAL	
5. CONCLUSÃO	
6. REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo uma análise bibliográfica da prisão preventiva, com exame em suas extensões e aplicabilidade, ainda assim analisa, os fundamentos de sua decretação.

Por ser um tema de extensa discussão, tratar-se-á dos pontos mais divergentes; seus conceitos, razão de ser, tendo como escopo a comprovação da garantia da ordem pública como fundamento para aplicação da prisão preventiva.

Tendo em vista a vasta quantidade de prisões cautelares pela garantia da ordem pública, em razão da sua natureza cautelar, e após sua efetivação, os diversos caminhos percorridos até a liberdade, passando antes pela banalidade dos conceitos, desconsideração dos princípios, abuso de autoridade; e por fim, atingindo os direitos individuais não assistidos pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, caracteriza-se que a prisão preventiva disposta no Capítulo III, do Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, art. 312, não está mais sendo aplicada para o cumprimento da lei, e tampouco está assegurando o bem-estar da sociedade.

Essa medida que era de extrema excepcionalidade ao longo dos anos, passou a ser um remédio banal para a tentativa de solução para os problemas sociais.

A garantia da ordem pública, disposta ainda no art. 312 do Código de Processo Penal, requisito para decretação da prisão preventiva, por sua vez, deixou de exercer sua função

passando para extensão de despacho, não sendo mais levada em consideração a finalidade com a qual foi criada.

Por se tratar de uma expressão de difícil definição, a garantia da ordem pública passou a ser tomada não por sua interpretação; e sim por preenchimento dos requisitos impostos a ela. Não se atentando ao fato da individualidade dos casos; assim como, o princípio da presunção do estado de inocência. Ambos institutos aqui tratados, têm por objetivo a “efetividade na prestação jurisdicional”.

O primeiro capítulo trata da evolução histórica da prisão, e do princípio da presunção da inocência em nosso ordenamento e no mundo. Dessa forma, expõe-se a origem e demonstra que para se chegar ao resultado do Decreto-Lei foram necessários anos de evolução e experiência.

O segundo capítulo retrata as prisões, suas variações, modalidades, conceitos e espécies. Trata do assunto em seu inteiro teor para que facilite a compreensão da mensagem pretendida.

Já no terceiro capítulo, a exclusivamente da prisão preventiva; de sua natureza jurídica, da legalidade da mesma e de todos os dispostos acerca do assunto, de forma clara e elucidada.

Este trabalho analisa relatos de diversas prisões efetuadas no Brasil no decorrer do ano de 2005, 2006 e meados do ano de 2007; onde todas elas foram decretadas em razão da garantia da ordem pública, tendo o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* sido aplicados; e no entanto, houve diversos entendimentos com relação aos mesmos crimes para tratamento aos indiciados, suas liberdades e condenações.

1 A EVOLUÇÃO DA HISTÓRIA DA PRISÃO

Para que possa dissertar acerca da atuação do Estado na história da prisão, há de se lembrar que este tem sido uma espécie de guardião dos interesses coletivos e ainda do próprio indivíduo. O Estado ainda atua na repressão à infração das normas estabelecidas em prol o benefício da sociedade.

No que se refere à proporção da pena, esta era desigual, pois sempre prevalecia o interesse dos mais fortes, logo, caso fossem necessários sacrifícios de castigo desnecessário ao condenado, o mesmo seria feito independentemente da culpa de gravidade.

A partir do instante que o Direito passou a ter seu próprio limite de atuação, o direito-dever de punir do Estado ficou limitado, mas com essa atuação iniciou-se o conflito sobre os direitos coletivos e individuais elencados pela bilateralidade atributiva, segundo Reale¹, a que pertence ao Direito.

É neste momento que a pena passa a pertencer à esfera pública, com o ímpeto de resguardar a segurança e interesses do Estado. A restrição da liberdade começou a ser usada para que os réus permanecessem até os julgamentos definitivos, nessa época que a prisão passou a ser usada e, caráter cautelar. Não deixou de lado o caráter vingativo, sempre se impondo de modo severo em relação ao acusado.

Nessa disputa que se enfatiza o cenário evolutivo contemporâneo, de um lado o *jus libertates*, o direito a liberdade, o maior de todos os bens da humanidade, onde se encontra o cidadão, ser mais fraco da relação e do outro lado o *jus puniendi*, direito de punir, que cabe única e exclusivamente do Estado, parte superior da batalha.

¹ REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, Saraiva, São Paulo, 20ª ed. 2002. p.711

É justamente nesse ponto que se gera o conflito. Por que o direito à liberdade nada mais é que a rejeição do indivíduo na pretensão punitiva do Estado. Este por sua vez tenta por um lado punir o infrator e por outro lado tenta resguardar o direito daquele que foi lesado, o sistema que gera o círculo vicioso seria “*due process of law*”.

Quando se tenta sobrepor o estado natural e de direito, como no caso a liberdade, para um estado restrito, como no caso de prisão, sem que seja a culpa definitivamente comprovada, trata-se de tentativa arbitrária e não exercício do Direito, essa prerrogativa vêm sendo derogada das legislações em todo o mundo, é claro que para chegar a tal nível muitos tiveram que servir de exemplo.

Destarte, antes mesmo de a humanidade conhecer a existência da prisão como pena. Já havia a prisão cautelar. Pois esta era realizada para garantir a efetiva execução da punição; tempos depois que passou a ser cumprimento de pena.

Insta salientar que se havia diversos modos de tratamento aos indiciados ou ainda de custódia.

Eis que no Direito Romano, a custódia se fazia pelo acorrentamento, podendo ser em estabelecimentos do Estado ou ainda casos particulares, também se destinava a assegurar o réu até a condenação.

Já no Direito Eclesiástico passou a figurar vingança ou sendo castigo espiritual, pois se acreditava que sacrificando o corpo a alma poderia ser salva, para a realização de tais penitências não se poupava nenhum tipo de atrocidade, tudo em nome de Deus.

Foi daí que surgiu o nome penitenciária. Este era o lugar onde os acusados ficaram aguardando o momento da execução, condução à fogueira, ou ainda onde cumpriram suas penas.

Na época da Idade Média, o pólo do poderio passou do Estado para a Igreja. Esta, agora detentora do poder de punir despertou em muitos infratores o sentimento de arrependimento.

Nesse período que a prisão cautelar tem seu apogeu, pois com a criação do Santo ofício da Inquisição, que pregava que a confissão era a “rainha das provas” e para isso era necessária a tortura, fazia-se necessária a prisão.

Mesmo com toda barbaridade relatada, foi de grande valia o surgimento dos Tribunais Inquisitoriais, pois a partir destes que se deu o surgimento do processo penal moderno, não

levando em consideração o desrespeito ao contraditório à ampla defesa, princípios essenciais do processo.

No meio de outros povos, mas na mesma época, havia quem desconhecesse a prisão cautelar, prova disso é que os germânicos se apresentavam livremente diante de assembléias para fazer sua defesa.

A prisão cautelar começa a adquirir a aparência atual depois que surgiu o Estado Moderno.

Este instrumento continua se fazendo necessário para a concretização do processo mesmo depois da construção do presídio masculino e feminino, no ano de 1595 na Holanda.

No Brasil não há muita diferença com relação ao que já foi tratado, vez que o Brasil toda vida sofreu influência de outros países, tanto na cultura quanto nas leis, dessa forma que se deu origem ao ordenamento jurídico brasileiro.

Durante a colonização, o Brasil submeteu-se, inicialmente, às legislações oriundas de Portugal, denominadas Ordenações Afonsinas, segundo as Manuelinas (1514) e por fim, as Filipinas (1603). Durante o período de atuação desse regimento a prisão era medida estritamente cautelar, havendo como sempre excesso de punição e pena de morte.

No início do século XVII com as ordenações Filipinas a regra era prender. Mas havia a concessão do benefício do perdão por justos motivos, mediante fiança. Não fosse assim, o réu ficaria aguardando o julgamento preso.

Essa ordenação perdeu a vigência com a Proclamação da Independência no século XIX e passou a ser adotada por meio de inspiração a filosofia iluminista e a Declaração dos Direitos Humanos que pregava o princípio da igualdade de todos perante a lei, personificação da lei e utilidade pública da lei penal.

Na época imperial ou ainda republicana era permitida pela legislação brasileira que fosse realizada qualquer prisão ainda que houvesse prova da culpabilidade, quando se tratasse de crimes inafiançáveis. Daí que se tira a conclusão que a prisão cautelar também tem raiz na tradução jurídica brasileira.

O termo “prisão preventiva” foi usado pela primeira vez com a lei nº 2.033 e de 20 de setembro de 1871; no início deveria ser decretado por “autoridade legítima”, com a lei apenas pelo Magistrado.

A medida cautelar continua sendo usada para restringir a liberdade. Continua sendo assunto de debate acerca da probabilidade da antecipação penal, da prisão sem pena e o estado da presunção da inocência do ser humano, cujo Estado pretende punir.

Ou ainda, no entendimento do réu é uma antecipação de pena e no entendimento do Estado é uma garantia da aplicação da pena.

1.1 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA DO SÉCULO XVIII

Para que o presente estudo seja completo e enriquecido, entende-se ser fundamental a análise do princípio da inocência e sua repercussão na prisão preventiva.

A Declaração dos Direitos Humanos que foi fonte inspiradora da filosofia que gerou o sistema jurídico brasileiro, traz em seu art. 9º a defesa que o homem deve responder por seus atos, dentro do seu limite de culpa e não infringindo sua liberdade.

O contemporâneo. Filósofo Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), a seu modo, definiu a inocência, em sua notória obra *Contrato Social*, defendia que os homens nascem bons, porém do longo da vida são corrompidos pela sociedade.²

Lembre-se que anteriormente acreditava-se que os homens seriam iguais, possuindo os mesmos direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

Quem há tempos defendia entre as leis naturais, com igualdade na aplicação e na eficácia e ainda definido prematuramente os direitos naturais é Aristóteles.

Todos os filósofos e históricos da época acreditavam que as leis serviram para regular e determinar a aplicação da lei natural, dentre eles Tomas Hobbes.

Além da influência exercida na instituição jurídica brasileira, a filosofia iluminista contribuiu para a declaração da independência norte-americana, Constituições dos Estados

² **NOGUEIRA JUNIOR**, Geraldo. *A Evolução Histórica das prisões cautelares*. Disponível em http://www.papiniestudos.com.br/ler_estudos.php?idNoticia=23, acesso em: 12/07/2006, 22:18 hrs.

americanos, tal qual o Estado da Virgínia (anterior até a carta francesa) além é claro da revolução de 1789.³

A redação do art.11 da declaração Universal dos Direitos Humanos de 10/12/48 propõe que: “ Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

A partir dessa aprovação, que se realizou em Paris, foi aderido em diversos outros países tais garantias:

-Itália,1948,art.27,§2º da Assembléia Constituinte

-Portugal,1976,art.32,§2º da Constituição

-França,1958, Constituição

-Espanha,1978,art.24,§2º da Constituição⁴

No Brasil, em 1988 o art.5º, LVII da Constituição Federal aplica tal garantia embora já tivesse uso desde 1824 no período Imperial.

Há entendimentos que o princípio usado seria o da não-culpabilidade.

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los.

A discussão sobre a prisão pena intensificou-se no século XX logo após a 2º Guerra Mundial que deu margem ao aumento da criminalidade nas metrópoles.

Foi então que tornou-se inadmissível a ausência do pressuposto da presença da inocência, comum a todos os réus em despachos formulados pelos juízes.

³ **NOGUEIRA JUNIOR**, Geraldo. *A Evolução Histórica das prisões cautelares*. Disponível em http://www.papiniestudos.com.br/ler_estudos.php?idNoticia=23, acesso em: 12/07/2006, 22:18 hrs.

⁴ **NOGUEIRA JUNIOR**, Geraldo. *A Evolução Histórica das prisões cautelares*. Disponível em http://www.papiniestudos.com.br/ler_estudos.php?idNoticia=23, acesso em: 12/07/2006, 22:18 hrs.

1.2. PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA EM NOSSO ORDENAMENTO

Na Constituição Federal, que é a Lei Mor no Brasil, há a previsão do princípio da presunção da inocência, ou também chamado de “estado de inocência”, disposto no art. 5º, inciso LVII, que assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Em complemento tem-se o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu art. 8º, inciso I, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.⁵

Fica por consequência elucidado que há nesses casos a aplicação do princípio da não culpabilidade que atua de modo mais restrito que a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Encontra-se no art. 8º, I, A CF/88 atende ao princípio da não culpabilidade e o Pacto ao princípio da presunção da inocência.

Os tribunais de forma majoritária parecem entender que sim:

"Os dispositivos que regem a prisão em flagrante, a preventiva, a decorrente de pronúncia ou sentença condenatória recorrível e o recolhimento à prisão para apelar, não foram revogados pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal, permanecendo legítima a adoção de medidas coercitivas contra o réu antes do trânsito da sentença, desde que provisórias, necessárias e de conteúdo cautelar. (Habeas Corpus n. 147.462-2, Rel. Juiz Carlos Abud, Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais)"

Entendimento semelhante teve o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"O art. 5º, LVII, da CF, diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória – o que não quer dizer que todo homem é considerado inocente até a prova de sua culpabilidade. Querer dizer que, embora acusado, não pode ser considerado definitivamente culpado e, à evidência, que tal situação não exclui os casos de prisão

⁵ **NOGUEIRA JUNIOR**, Geraldo. *A Evolução Histórica das prisões cautelares*. Disponível em http://www.papiniestudos.com.br/ler_estudos.php?idNoticia=23, acesso em: 12/07/2006, 22:18 hrs.

provisória admitidos expressamente pela Constituição, e contra eles, a prisão em flagrante delito e a preventiva, ambas decretadas pelo juiz e com previsão constitucional" (RT658/293).

Esse parágrafo ratifica as jurisprudências citadas.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, fora aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 266, de 12.12.91, promulgado pelo Presidente da República através do Decreto n.º 592, de 6.7.92, onde se encontra transcrito, assegura, como no Pacto da Costa Rica, em seu art. 14, 2, "Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".⁶

O entendimento acerca do princípio da presunção da inocência é feito no sentido de impedir que, seja determinada contra o acusado qualquer medida de coerção pessoal que não esteja revestida de natureza cautelar e do requisito da necessidade, é justamente evitar que o acusado sofra qualquer tipo de pena antecipada. Tal impedimento tem restrição até o período que antecede o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Mesmo face ao disposto no inciso LVII do art. 5º, CF/88, é possível à lei ordinária estabelecer a necessidade de prisão cautelar pelo simples motivo de ter sido alguém considerado culpado pela prática de um crime em sentença penal condenatória que ainda não tenha transitado em julgado? Se presunção *juris tantum* de não culpabilidade se reveste o réu constitucionalmente, não poderia então a legislação infra-constitucional impor prisão compulsória processual, agindo assim *jures et de jure* de sua culpabilidade. Estaria esta revogando aquela:

STJ Súmula nº 9 - 06/09/1990 - DJ 12.09.1990 Prisão Provisória - Apelação - Presunção de Inocência A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Contudo, pretende-se a extinção as medidas restritivas de liberdade sem manifesto cumprimento das exigências legais, ou seja, presunção oposta.

⁶ **NOGUEIRA JUNIOR**, Geraldo. *A Evolução Histórica das prisões cautelares*. Disponível em http://www.papiniestudos.com.br/ler_estudos.php?idNoticia=23, acesso em: 12/07/2006, 22:18 hrs.

Desta forma, como a parte hipossuficiente está amparada pelo princípio da presunção da não-culpabilidade, cabe à acusação o ônus da prova.

Estende-se ainda à acusação os benefícios dos prazos ilimitados, dentro da normalidade, a fim de evitar investigações eternas.

Tal princípio faz alusão do “*in dubio pro reo*” ; no caso de falta de provas ou ainda insuficiência desta, nos deverá o réu ser declarado culpado.

O foco principal da discussão em como estreitar as diferenças entre os princípios, é certamente de suma importância ao Direito Moderno; tanto mais sendo cautelar, provisória é a medida.

2 DA PRISÃO

Considerando a título de conceito; prisão é a supressão da liberdade individual mediante clausura. É a privação da liberdade individual de locomoção; e tendo em vista a denominada prisão albergue, pode-se definir a prisão como a privação do direito de ir e vir, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria.

Ainda neste âmbito, para Fernando Capez⁷ o instituto pode ser definido como “...a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.”

Já mais resumidamente temos o entendimento de Paula Lúcio Nogueira⁸ que propõe três aspectos diversos do que vem a ser prisão:

- a) como local de cumprimento de pena ou cárcere (art. 288.CPP);
- b) como pena (pena de prisão simples nas contravenções ou pena de modo geral (art. 34. CPP);
- c) como medida ou meio de cerceamento da liberdade individual (art. 282.CPP).

Deixando de lado os diversos significados da palavra “prisão”, e atentando-se unicamente ao entendimento adequado – cerceamento da liberdade individual – nota-se que há dois ângulos distintos a serem estudados com referência ao abordado: prisão pena e a prisão sem pena.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 13 ed., Saraiva, 2006.

⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de Processo Penal*. Saraiva, 6 ed. 1991.

A prisão pena é o sofrimento imposto pelo Estado em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal, portanto, resultante de uma sanção penal condenatória, apresentando-se em nosso Direito sob várias formas:

- a) pena de reclusão e pena de detenção no Código Penal;
- b) prisão simples, disciplinada na Lei de Contravenções Penais;
- c) prisão referida no art. 240. do CPPM e, por fim, a prisão especialíssima dos jornalistas que trata o parágrafo único do art. 66da Lei nº 5.255 de 9.2.1967”.

Já a prisão sem pena, a *contrariu sensu* , é aquela que não decorre de condenação. São chamadas de “prisão processual” ou “prisão provisória”, compreendendo a prisão em flagrantes (arts. 311 a 316.) a prisão resultante da pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º), a prisão resultante da sentença penal condenatória de primeiro grau, (art. 393, I) e a prisão temporária (Lei nº 7.960 de 21.12.1989).

Ainda aparecem em nosso Direito, pouco importando ao presente, mas necessariamente merecendo a citação a prisão civil “...decretada em casos de devedor de alimentos e de depositário infiel, únicas permitidas pela Constituição (art. 5º, LXVII). A prisão administrativa, que, após a Constituição de 1988 só pode ser decretada por autoridade judiciária e prevista pelo Código de Processo penal (art. 319, I) e leis especiais. Por fim a prisão disciplinar permitida na própria Constituição para as transgressões militares e crimes propriamente militares (arts. 5º, LXI e 142, § 2º).

Da divisão apresentada, como próprio tema do trabalho enuncia, cumpre excluir-se a prisão-pena, restringindo-se à análise as prisões processuais ou provisórias.

Sobre o tema, lembra-se que, em sede do Juizado Especial Criminal, o legislador pretendeu criar “novo tipo de prisão-pena”.

Refere-se especificamente ao disposto no art. 85 da Lei 9.099 de 1995. (“Não efetuado o pagamento da multa, será convertida em pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, nos termos previstos em lei”). Muito embora, em sua unanimidade, os estudiosos nada esclarecem sobre os assuntos; parece lógico que se tratava de tentativa de introduzir nova forma de prisão definitiva, na medida em que seria feita a conversão, também após o transito em julgado da sentença que homologou a transação.

Com efeito em que se pese o termo “pena” abrigada no art. 76 e outros da lei em questão, entende-se que ali se encontra em razão da impropriedade da linguagem tão corriqueira em nosso sistema normativo, visto que, em fase de transação o processo se quer foi iniciado.

De outra forma, entendendo diferentemente, criaria-se a pena sem o devido processo legal e principalmente sem o contraditório nele obrigado. Ora o sistema acusatório que rege nosso Direito Formal, ressalte-se os princípios supra mencionados, sendo que a dispensa sumária destes o quebraria totalmente.

Assim a menos que se aceite a ofensa irreparável ao sistema, deveria ser taxada de ilegal a pretensão do legislador e de inconstitucionalidade o art. 85, quando determinada a prisão-pena, se extensiva a dar multa advinda da transação.

2.1 DA PRISÃO-PENA

Ao término da 2ª Guerra Mundial, a curva da criminalidade rumou ao crescente de tal forma que as grandes metrópoles ficaram surpresas e iniciaram discussões sobre a pena-prisão, que com certa intensidade desde o começo do século ganhou força.

Os estudos sobre a sociologia e psicologia da comunidade prisional vieram a demonstrar que a prisão não constitui miniatura da sociedade geral, mas um sistema de força e poder com seus próprios elementos de controle social, derivado da subcultura dos internos, a quem pertencem também os guardas como membros da comunidade carcerária.

A prisão como instituição total, ou seja, como instituição que domina e controla totalmente as manifestações da personalidade, necessariamente de forma, corrompe e avilta (...), o que legitima a sanção penal não é irracional e insolúvel idéias de retribuição, mas a necessidade de defesa exacerbada, o mais áspera e acidamente as prisões decorrentes das penas e a procurar outros caminhos para a política criminal.

Nesse contexto, alguns movimentos começaram a sobressair, todos eles pregando reformas monumentais nas penas carcerárias, pugnando pelo abrandamento – quando não pela simples extinção das mesmas.

Em breve incursão pelo direito material, despretensiosa ilustrativamente, porém, pode-se, por exemplo citar:

a) A nova defesa social: Que surgida na Itália, posteriormente fora modificada para que não houvesse confusão com outro movimento existente iniciado no começo do século.

As revolucionárias idéias de seu fundador que pregava, como se sabe, até o abolicionismo do Direito Penal, provocaram, no entanto debates entre os membros da corrente doutrinária em apreço, produzindo divisão interna no movimento.

São princípios básicos do movimento da Nova Defesa Social:

1º) Exame crítico do sistema existente (que poderá chegar, inclusive ao seu repúdio);

2º) O recurso sistemático a todas as ciências humanas para lograr um conhecimento multidisciplinar do fenômeno criminal;

3º) Uma finalidade protetora que, por um lado signifique uma reação contra o sistema punitivo retributivo da repressão clássica e , por outro, pretende assegurar o respeito e a garantia dos direitos do homem e da dignidade da pessoa.

b) Política Criminal Alternativa: Tal movimento de influência marxista na elaboração de uma política criminal de caráter socialista foi um dos primeiros estudos sistemáticos da teoria criminológica sob o método dialético aplicando categorias de materialismo histórico.

Tinha por objetivo o movimento em apreço, alcançar as seguintes metas:

1º) abolição da pena privativa de liberdade do condenado. Visando alcançar essa primeira meta, propõe um intenso programa de discriminalização, despenalização e dejudiciação. Propõe ainda, buscando evitar os efeitos dos sentimentos de separação entre homens “honestos e condenados” a integração entre o condenado e o povo em geral, que teria o acesso às prisões facilitadas;

2º) gradação da Política Criminal, que deverá considerar a criminalidade de forma a agrupá-la segundo a classe social de onde provém, interpretando-se a das classes proletárias de acordo com os conflitos que se instale em razão do sistema de produção capitalista e das classes dominantes (criminalidade organizada, corrupção política e administrativa e econômica), segundo a relação funcional que existe entre os processos legais e ilegais de acumulação e circulação de capital entre esses processos e a esfera política;

3º) a criminalização dos comportamentos que redundam em dano ou ameaça aos fundamentais interesses das maiorias, tais como: a criminalidade ecológica, saúde pública, segurança, etc...;

4º) maciça propaganda, como complemento do trabalho desenvolvido denunciado à opinião pública as desigualdades do sistema e buscando apoio popular à ideologia do movimento.

Basicamente cingir-se-á as duas correntes doutrinárias, terem sido aquelas que de forma maior influenciaram as legislações penais.

Em que pese, no entanto, não conseguiram os Movimentos citados alcançar os propósitos almejados, eis que por todo o tempo, o índice de criminalidade entremeado pela assustadora violência que o caracteriza ter aumentado em todos os setores.

Como resposta, simplória e populista é bem verdade, em outro grupo vem pulgando em diametralmente oposta filosofia, o endurecimento das penas referindo ao Movimento da Lei e Ordem.

Alegam os que acompanham tal corrente que os atentados terroristas, o gangsterismo e a violência urbana somente poderão ser controladas através de leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdades. Afirmam ainda que a política criminal deve ser orientada no sentido de justificar a pena através das idéias de retribuição e castigo. A pena, assim fundamentada, seria aquela que é conhecida pelo povo, que a respeita, teme e considera justa, pois sua execução é igual para todos. Sendo proporcional à gravidade do objetivo do crime.

Assim, entendem, os chamados crimes atrosos que devem ser punidos com pena severas e duradouras (morte e privação de liberdade longa); as penas privativas de liberdade de correntes de crimes violentos, deverão ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, sendo o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele reservado aos demais reclusos; a prisão provisória deve constituir-se em resposta imediata ao crime e deverá haver diminuição do poder de individualização do juiz e menor controle judicial da execução que deverá ficar a cargo exclusivo das autoridades penitenciárias.

Impunha-se a incursão, conforme adiantou-se, se bem que em estudo do Direito Processual Penal, para, resumidamente exposta a fundamentações filosóficas que norteiam tais Movimentos, assegurar que navegam as legislações penais, conforme movimento político-social que se viva entre o abrandamento e o endurecimento das penas.

Como exemplo nítido do asseverado, veja-se o código penal altamente liberal conseguido com a reforma de 1984, que traz em si todos os matizes da nova defesa social e, anos depois, as normas pertinentes aos “Crimes Hediondos”.

Num determinado momento político-social, achou por bem o legislador, transformar o arcaico Código imperante, trazendo sua Parte Geral o mais próximo das modernas legislações.

Teve-se então, modificações de vulto como a adoção das penas alternativas e o abrandamento do regime de custódia, o fim da pena acessória.

Como os índices de criminalidade teimassem em aumentar, vários fatores influenciariam. Optou-se então por uma extrema transformação e veio à cena Político-Criminal austera e rigorosa na Lei e Ordem.

Destarte aumentaram-se as cominações das penas, impediram-se os benefícios legais, apenaram-se condutas, etc...

Obviamente que as modificações, quanto a reprimenda, ocorridas nos estatutos materiais produzem efeitos no Direito Processual, também oscilante. Diga-se isso principalmente na execução da pena onde sentem-se os contrastes.

Operada a mudança enfocada Código Penal, com ela transmutou-se a Lei de Execução Penal, adotando a atual – lei nº 7.210/84, liberal ao extremo, a ponto de sobre ela Mirabete⁹ tecer o seguinte comentário: “A Lei de Execução Penal adotou os postulados da Nova Defesa Social, aliando a esta a prevenção criminal e a humanização da execução da pena e afastando o “tratamento” reformador, na esteira das mais recentes legislações a respeito da matéria”.

Em que pese, no entanto a teoria, na prática as melhorias com que assinou a norma, efetivamente tem-se mostrado inaplicável no que diz respeito ao cumprimento da pena.

Nos primórdios da aplicação da Norma, há uma convicção quase unânime entre os que militam os exercícios da aplicação do Direito de que a Lei de Execuções Penais é inexequível e muitos de seus dispositivos e que, por falta de estrutura adequada, pouca coisa será alterada na prática quanto ao cumprimento das penas privativas de liberdade e na aplicação da lei com relação as medidas alternativas previstas na nova legislação.

Embora se reconheça que os mandamentos da Lei de Execuções Penais sejam louváveis e acompanham o desenvolvimento dos estudos a respeito da matéria, estão eles distanciados e separados por um grande abismo da realidade nacional, o que a transformará, em muitos aspectos, em letra morta pelo descumprimento e total desconsideração dos governantes quando não pela ausência dos recursos materiais e humanos a sua efetiva implantação.

⁹ **MIRABETE**, Juilio Fabbrini. *Processo Penal*, 17ª ed., Editora Atlas. São Paulo. 2004.

Em pesquisa levada a efeito junto ao Sistema Prisional Paulista:¹⁰

ANO	CENTRO DE OBSERVAÇÃO	PRESOS
1993	5 equipes (1 Psiquiatra, 1 Assistente Social, 1 Psicólogo)	40% (Quarenta por cento) trabalha no setor administrativo (cozinha, padaria, lavanderia, alfaiataria, etc...)
2000	3 equipes (1 Psiquiatra, 1 Assistente Social, 1 Psicólogo)	30% (Trinta por cento) trabalha na mão-de-obra para terceiros (montagem de brinquedos, pregadores, confecção de bolas de futebol)

Ousa-se assim, considerando seu aspecto Processual (ou seja, mais especificamente, a Execução), contestar a prisão-pena e o rigorismo que a cercam, como já o fazíamos no passado.

De qualquer sorte, em tempos atuais ainda vige entre a sociedade a Lei de Execução, como dito, influenciado pela filosofia inerente ao Movimento da Nova Defesa Social, e a despeito da não aplicabilidade de tantas de suas normas, como demonstrado por longa data tal deve persistir.

Pensar-se de maneira adversa seria admitir-se que o legislador, livrando-se do manto da hipocrisia, concordasse com maior rigidez nas normas carcerárias, o que poria às claras a verdadeira face das prisões, onde a pena equivale apenas a castigo, e colocaria o Brasil na contramão da história.

2.2 DAS PRISÕES PROCESSUAIS

Aceita-se ainda o termo “prisão-processual” como apropriado às prisões provisórias, visto que tal segregação é empregada sempre em benefício da atividade processual, vê-se na qualificação certa impropriedade.

Sob nossa ótica, as prisões provisórias deveriam ser classificadas de acordo com o núcleo que são decretadas.

¹⁰ PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Da Prisão e da Liberdade Provisória*. Bauru, Edipro. 2000.

Partindo-se desse princípio e relembrando o rol anteriormente proposto, de cunho legal, as prisões provisórias seriam denominadas pré-processuais, quando ocorridas ou na abertura (prisão flagrante) ou no transcorrer da peça investigatória policial (prisões temporárias e preventivas); processual pré-decisão quando acontecidas no processo propriamente dito, nas fases compreendidas entre a denúncia e a sentença, (como nos casos da prisão preventiva); processual pela decisão, quando se dá em razão de sentença condenatória (art. 393, I, CPP) ou ocasionada é dito de pronúncia (art. 408, SS 1º CPP) e, finalmente pós-decisão nos casos em que ocorridos nas decisões de primeiro grau e a definitiva.

Portanto, parece que a aceitação da divisão proposta, a par de colocar matéria em que seu devido lugar, permitiria evitar os problemas de entendimento que, inevitavelmente ocorre quando se adentra ao tema.

De qualquer maneira, considerando a doutrina atual, feita as ressalvas, prefere-se a denominação “prisão provisória”; como mais adequadas à matéria.

2.2.1 MEDIDAS CAUTELARES – REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS

Para melhor estudo, antevê-se que a natureza é de caráter de medidas cautelares, como o exposto.

Assim, como tem determinada doutrina, requisitos básicos para existência da medida liminar, são os *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, inerentes à ação cautelar, da qual ela é produto.

Sobre o *fumus* pode ser ele a probabilidade que seja verossímil à existência do Direito. É o quanto basta, ainda é seu entendimento, para concessão da medida cautelar, sem que haja a necessidade da previsão de que a providência principal seja favorável àquele que solicita a medida cautelar, podendo ocorrer, ao final uma decisão desfavorável a ele.

A respeito do *periculum*, enfatiza-se ainda que esse perigo não é um perigo genérico de dano jurídico mas que especificamente é um perigo de dano posterior que é consequência do retardamento da medida definitiva.

Discorrendo sobre o ponto traz-se, tais peculiaridades, onde ocorrem em duplo aspecto inerente à ação cautelar: a tutela visa tão só afastar uma situação perigosa sem declarar nada a respeito do alegado, interesse ameaçado por essa situação de perigo, mas ao mesmo tempo, como

decorrência desse iminente risco de dano derivado de uma situação anormal, justificam-se os poderes especiais conferidos ao magistrado para decidir sem uma ampla coleta de provas, satisfazendo-se com a demonstração de uma verossimilhança do invocado direito (*fumus boni iuris*) e com uma sumária demonstração do risco que esse direito está exposto.

2.3 PRISÕES PROVISÓRIAS PRÉ-PROCESSUAIS E MEDIDAS CAUTELARES

Interessa-se para o momento a discussão das prisões em flagrante e temporária guardando-se a preventiva ocorrida no decorrer do Inquérito Policial para outro momento.

Antes porém da análise, merece ser abordada interessante questão relativa à interferência do magistrado em procedimento administrativo, o que se dá a título de exceção.

Realmente, na fase que antecede o oferecimento da denúncia, é bastante sabido, normalmente vale-se o Estado da Polícia Judiciária como fito através das investigações levadas à cabo, fornecer por elementos que indiquem a eventual autoria e que determinem a materialidade.

E que a peça inquisitorial preenche os aspectos de procedimento administrativo, o diz unanimemente à doutrina.

Assim, sendo atribuição do Estado à atividade investigatória – atividade administrativa penal... e mais à frente “na atividade administrativa que no inquérito se realiza”

Admite-se ainda que o procedimento do inquérito policial é administrativo, eis que realizado na polícia, onde não existe a jurisdicionalidade, propriedade encontrada somente no processo que se verifica em juízo. Logo, não possui o Delegado de Polícia, por esse motivo, jurisdição de modo que sua função deve se pautar em investigar e colher os dados acerca da infração penal objeto do inquérito, porém sempre com o caráter administrativo.

No âmbito do Direito Administrativo, aliás, atesta-se que a Polícia judiciária faz parte do aparelho estatal executivo; embora regrada, por vezes por normas processuais penais, o que evidentemente lhe confere à classificação de órgão administrativo-penal, e conseqüentemente emprega os atos por ela praticados da chancela de “administrativo”.

Abordando o enunciado Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹ vê proximidades entre as polícias administrativas e judiciárias, alertando que, situando-se ambas no campo administrativo, aquilo que realmente, as separam “... é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou

¹¹ **MELLO**, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 9 ed. 1997.

paralisar atividades anti-sociais, enquanto a segunda se preordena a responsabilização dos violadores da ordem jurídica”, salientando, a seguir que “a importância da distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, está em que a segunda rege-se na conformidade da legislação processual penal e a primeira pelas normas administrativas”.

No que concerne à íntima vinculação com o poder Judiciário, estando o mesmo regrado pelas leis penais do país, e não por aqueles de natureza administrativas, a polícia judiciária exerce função administrativa e não jurisdicional. Ela em absoluto, dita o direito a ser aplicado em cada hipótese. Cinge-se auxiliar o órgão encarregado de tal função em lhe absorver a natureza.

Dizia-se, anteriormente da excepcionalidade da intervenção do juiz na fase investigatória-administrativa eis que, a rigor, conforme prevê o art. 251 do CPP, incumbe-lhe “prover a regularidade do processo e manter a ordem ou recurso dos respectivos atos, podendo para tal fim requisitar a força pública”.

Das duas atribuições conferidas pelo artigo 251, a primeira é jurisdicional (compreendida como atos de jurisdição, os preparatórios do julgamento) prover a regularidade do processo; a outra é administrativa: manter a ordem no curso dos respectivos atos.

Convenha-se, no entanto, que o artigo em testilha refere-se a “processo”, de onde não se aplica ao inquérito policial à lição do autor.

Evidente que os atos investigatórios não podem ser elevados, nessa seqüência ao patamar de “atos de julgamento” – este sim, os compreendidos na instituição processual – de modo a permitirem o exercício das funções “jurisdicional” ou “administrativa” pelo juiz.

Só se justificaria a classificação se aceitássemos nesses casos – Prisão em Flagrante ou representação pela Prisão Temporária – a existência de “ações cautelares” que permitissem ao magistrado agir como faz em qualquer processo. Tal entendimento no entanto, pensa-se, já ficou afastado.

Portanto, quando o juiz decide na fase pré-processual, quando analisa os pedidos de prisões ali requeridos, foge dos padrões expressos no art. 251 do CPP, cirando-se um *tertium genus*, que chamaríamos de “função administrativa jurisdicional”.

Após a digressão, voltar-se-á à discussão sobre a natureza jurídica das prisões pré-processuais, analisando para atentar ao possível enquadramento entre as medidas cautelares, a Prisão em Flagrante e a Prisão Temporária.

3. A PRISÃO EM FLAGRANTE E A PRISÃO TEMPORÁRIA

Tipo excepcional de captura, eis que desnecessária de ordem escrita de autoridade judiciária, a prisão em flagrante (derivada do latim “*flagraris*” ou flama, ardência no nosso idioma) pressupõe aquela ocorrida no calor dos acontecimentos o que está a queimar e em sentido figurado, o que está a acontecer.

Seja qual for a forma em que aparece (art.302 e seus incisos do CPP) iniciando o inquérito policial: flagrante próprio –aquele em que o agente é surpreendido ou praticando uma infração penal ou tendo acabado de cometê-lo; flagrante impróprio (irreal ou quase flagrante) – quando se persegue o agente após a prática criminosa e , flagrante presumido (ficto ou assimilado)- quando o agente é preso logo depois da infração ocorrida com os objetos ou papéis que façam recair sobre ele a presunção da prática delituosa. Poucos autores se preocupam em definir o porquê da determinação legal à autoridade para que efetue a prisão, ou até a permissão para que o particular o faça em tais casos.

O flagrante é talvez a mais eloqüente prova da autoridade de um crime. É exatamente essa eficácia probatória que explica porque razão no Direito Romano o raptor colhido em flagrante podia ser logo morto; por quê o motivo em caso flagrante é dispensado o mandado de prisão e qualquer pessoa pode prender.

Já a prisão em flagrante tira o seu valor não só do interesse em dar relevo à flagrância, como também do fato de que ela, a prisão, nessas circunstâncias tem tríplice efeito:

- I- a exemplaridade serve de advertência aos maus;
- II- a satisfação restitui a tranquilidade aos bons
- III- o prestígio restaura a confiança na ordem jurídica e na autoridade.

Eventualmente a prisão em flagrante logra ainda:

- frustrar o resultado, evitando a consumação do crime, ou ao menos o seu exaurimento;
- proteger o preso contra a exasperação do povo;

A prisão em flagrante não só pela repercussão grave e imediata que produz em crime nessas condições praticado no sentimento popular, mas também pela grande probabilidade de se a captura, em tais casos, legitima antecipação do resultado final do processo penal que irá instaurar-se contra o autor da infração. Na prisão em flagrante, evidência aparente do fato

material não exclui presunção legal de inculpabilidade jurídica, mas torna menos exigentes os princípios.

Por outro lado, tem a prisão em flagrante, destacado aspecto de medida cautelar. Com a captura e a detenção do réu, não só se tutela e se garante o cumprimento ulterior da lei, mas também garantida fica a colheita imediata de provas e elementos de convicção sobre a prática do crime. Flagrante delito influi sobre a certeza das provas e assegura a ação da justiça contra o delinqüente.

Eis aí, debruçadas duas opiniões que refletem os diferentes prismas pelos quais podem ser observadas as razões da prisão em flagrante.

A primeira enfoca a captura pelo aspecto quase que exclusivamente intimidativo, repressivo. A segunda, vê no ato da medida cautelar não só por permitir a colheita mais eficaz da prova, como também pela eventual antecipação do resultado condenatório da ação penal.

A captura em flagrante ocorre com o fim de prestar satisfações à sociedade e ao mesmo tempo desencorajar, pela pronta reação, todos aqueles que pretendam seguir pelas mesmas sendas.

A dar respaldo na opinião exaurida, a Lei n. 8.072/90 (Lei de crimes Hediondos) nega qualquer benefício ao preso em flagrante, mesmo antes de qualquer condenação.

Outra não foi a intenção, ao nosso entender que o de impregnar-se o flagrante, exatamente das características que acima expressou-se satisfação à sociedade e intimidação.

Assim, forçoso reconhecer, que o legislador nesses casos, se quer acenou com a possibilidade de segregação ocorrida, estaria embuida do espírito de cautelaridade.

Acentua-se a impressão nesse sentido, quando se mostra patente que a prova primeira, advinda da presunção, em tais casos, pode ser afastada por aquela mais sólida e consistente advinda da investigação posterior.

Por si só, modestamente entende-se, o argumento afasta a douta opinião combatida e, ao menos a nós, parece ter o condão de fortalecer a primeira das correntes doutrinárias trazidas à colação.

Dessa maneira afirma-se que a custódia em flagrante faz parte do gênero prisão provisória, prestando-se conforme adiantou-se, para satisfazer e ao mesmo tempo intimidar a massa social.

Também em relação à Prisão Temporária, não se pode dizer que ostente ela, exclusivamente, a característica da medida cautelar.

Infere-se do art. 1º da lei n. 7.960/89 que a disciplina que: “Caberá prisão temporária:

- I- quando imprescindível, para as investigações do inquérito policial;
- II- quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, da autoria ou participação do indiciados nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121 *caput*, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus §§ 1º, 2º);
 - c) roubo (art. 157, *caput*, e seus §§ 1º, 2º, 3º);
 - d) extorsão (art. 158, *caput*, e seus §§ 1º, 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e seus §§ 1º, 2º, 3º);
 - f) estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
 - g) rapto violento (art. 219 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);
 - h) epidemia com resultado de morte (art. 267 § 1º);
 - i) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 279, *caput*, combinado com o art. 285);
 - j) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - l) genocídio (arts. 1º, 2º, e 3º da Lei n.º 2.889 /56), em qualquer de suas formas típicas;
 - m) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n.º 6.368 /76);
 - n) crimes contra o sistema financeiro (Lei n.º 7.492 /86)

Parece tranqüilo, pois, que as duas primeiras figuras da norma estudada determinam que, de início o legislador pensou em dar à prisão temporária o cunho de medida cautelar, porém, ao depois, no terceiro, derivou, como a prisão em flagrante, para o campo único e exclusivo da intimidação.

Com efeito, inegável que ao se referir ao cabimento da custódia quando necessário aí extremo à investigação criminal, e, da mesma forma, quando houver nítida suspeita (evidenciada pela não residência fixa ou falta de identificação do eventual autor) de que se procura obstar à

ação policial ou se furtar à responsabilização futura pelo delito, a lei apresenta aspectos eminentemente acautelatórios.

O mesmo não se pode dizer no entanto, quando pinça entre as figuras penais algumas das que ferem a sociedade mais profundamente, ou pelo menos que causam mais impacto entre os populares, estende-se também a elas, sem que a razão alguma de ordem cautelar leve à tal, prisão temporária.

Claro mais uma vez, ainda sob nossa óptica que, como acima dito, o que norteou o espírito do legislador foi o caráter inibitório satisfativo que tal encarceramento provoca.

Destarte após as considerações expendidas, entende-se que a prisão em flagrante e a prisão temporária, não podem ser classificadas unicamente como medidas cautelares, como comumente ocorre, tendo a primeira delas a natureza jurídica de prisão provisória de cunho inibitório (buscando satisfação popular) e a segunda de prisão provisória cautelar – (intimidativa).

Restaria e exame da prisão preventiva *stricto sensu*, no curso da peça policial.

Por razões metodológicas, prefere-se, no entanto, analisá-la no capítulo que se segue, dedicado, todo ele a esse tipo de custódia.

3.1 A PRISÃO PREVENTIVA: A PRISÃO PROVISÓRIA E PREVENTIVA

Tornou-se lugar comum entre os processualistas penais o estabelecimento de diferenciações no que tange ao termo prisão preventiva.

De fato, muitos são aqueles que da mesma maneira que Mirabete¹² fazem a distinção admitindo que : “A expressão prisão preventiva tem uma acepção ampla para designar a custódia verificada antes do trânsito e julgado da sentença. É a prisão processual, cautelar chamada de ‘provisória’ no Código Penal (art. 42) e que inclui a prisão em flagrante a decorrente da pronúncia a prisão resultante da sentença condenatória, a prisão temporária e a prisão preventiva ‘em sentido estrito’. Neste sentido restrito, é uma medida cautelar constituída da privação da liberdade criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança”.

Discorrendo sobre o que interessa para o momento – a visão da prisão preventiva- não poderia-se, evidentemente, opor à definição, eis que o ínclito professor assegura que em todas as

¹² **MIRABETE**, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

prisões não advindas da sentença condenatória transitada em julgado, há cautelaridade em discussão.

Assim, ao menos por coerência com a linha de ensino adotado, deveria traçar os lindes da custódia em discussão como o fez.

O exposto até agora, no entanto, já demonstrou que nosso posicionamento é frontalmente contrário do daqueles que assim pensam, o que espera-se comprovou-se quando discorreu-se sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante e temporária.

Dessa forma, afastada a cautelaridade de tais prisões, não buscam elas “prevenir” (a não ser nos citados incisos da Lei nº 7.960/89) o que quer que seja e, via de consequência imprópria se torna nominá-las de preventiva.

Aliás tem-se afirmado que mesmo a prisão decorrente da pronúncia não se constitui em “prisão cautelar autônoma” eis que simplesmente, traduz em desdobramento da prisão preventiva.

Em texto, a pronúncia não deveria produzir qualquer efeito relativamente à situação processual do réu no processo. Os institutos da prisão em flagrante e da prisão preventiva já satisfazem perfeitamente, atendendo à necessária proteção social.

Vale dizer, se o acusado estivesse preso, a manutenção ou não da custódia cautelar deveria ser regulada exclusivamente pelas hipóteses de liberdade provisória ou revogação da prisão preventiva. Se estivesse solto ao ser pronunciado, é porque a sua prisão preventiva ou em flagrante não se teria feito necessária e solto deveria continuar até que ocorressem os requisitos do art. 312. Não sendo em juízo de condenação, mas mera admissibilidade de acusação, a pronúncia, por si só não deve levar o réu à prisão.

Por outro lado, não deve o réu ser solto pelo simples fato de o Estado admitir a acusação contra si apresentada, como parece autorizar a parte final do 2º do art. 408 do Código de Processo Penal em vigor trabalhando atentamente com o sistema vigente, pode-se assegurar que a pronúncia é título autônomo legitimador da prisão do réu.

Entretanto a eficácia coercitiva deste título ficará paralisada se o pronunciado for primário e tiver bom antecedente. Esta exata colocação que se apresenta exatamente simples tem efeitos sistemáticos e práticos da maior relevância.

Senão veja-se:.

A primariedade e os bons antecedentes impedem que o réu seja preso por causa exclusiva da decisão de pronúncia; entretanto não alteram a incidência de outras normas que disciplinam o

sistema de prisão e liberdades provisórias. Em conclusão: a primariedade e os bons antecedentes retiram da pronúncia a sua forma coercitiva, vale dizer, deixa-a de ser título autônomo da prisão, não alterando a situação anterior do pronunciado. Daí se constata, outrossim, que tal situação também se projeta para o futuro. O pronunciado primário e de bons antecedentes não será preso pela simples prolação da sua decisão de pronúncia, mas pode vir sê-lo se surgir algum motivo que autorize a sua prisão preventiva. A primariedade e os bons antecedentes não impedem a custódia preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Se alguns destes requisitos forem percebidos pelo juiz ao pronunciar o réu primário e de bons antecedentes, nada impedirá que a prisão preventiva seja decretada no próprio corpo da decisão de pronúncia. Nesta hipótese, o título legitimador da custódia não será a pronúncia, mas a decretação da prisão preventiva devidamente fundamentada. Isso não tem sido compreendido na prática do foro em geral”.

Ainda a prisão derivada de sentença condenatória de primeiro grau é excluída do rol às “prisões cautelares”, pelo autor, sob o fundamento de nada mais ser “... do que uma verdadeira execução penal provisória, conforme se pode depreender dos arts. 393, inciso I e 669 do CPP...”. Como se sabe, tenho em vista a nova redação dada no art. 594 do CPP tal execução provisória da pena (não prisão provisória) somente será iniciada se o sentenciado for reincidente ou mesmo tiver maus antecedentes.¹³

Isso nos autoriza a pensar de forma contrária, por exemplo quando sobrevém condenação e o réu apela à sentença condenatória equipara-se para efeito da prisão do condenado à pronúncia.

Mirabete¹⁴ também empresta guarida ao nosso ponto de vista. É do autor: “É efeito da sentença condenatória recorrível” ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança. Proferida a sentença se o condenado estiver recolhido a estabelecimento penal em decorrência de prisão provisória permanecerá preso até o trânsito em julgamento da decisão que se confirmada fará com que se passe à execução da pena” acrescentando bem à frente. “ Na sentença condenatória deve o Juiz decidir sobre o direito do réu apelar em liberdade em face do reconhecimento ou não da primariedade e dos bons antecedentes.

¹³ **PASSOS**, Paulo Roberto da Silva. *Da Prisão e da Liberdade Provisória*. Bauru, Edipro. 2000.

¹⁴ **MIRABETE**, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

O primeiro pressuposto para a concessão do benefício é a primariedade, ou seja, a verificação de não ter sido o réu condenado anteriormente à decisão por sentença condenatória transitado em julgado, não se exigindo para negar o benefício à reincidência. Os “bons antecedentes” de que fala o art. 594 é expressão interpretada com liberdade pela jurisprudência, pois não se trata de exigir antecedentes positivamente abonadores, mas simplesmente à existência de maus antecedentes.

De outro lado, não obstante ao reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes do réu condenado, pode o juiz negar a liberdade provisória desde que demonstre base segura para tal decisão como reconhecimento que está caracterizada, a periculosidade do agente e evidenciadas as graves conseqüências do crime ou que exista quaisquer das hipóteses que autorizariam a decretação da prisão preventiva.¹⁵

Mais não é preciso se dizer, que entende-se que para que se tipifique a semelhança entre a prisão preventiva e a prisão por decisão de primeiro grau.

Em primeiro lugar extrai-se das exposições que a primariedade e os bons antecedentes podem ser salvo-condutos aos condenados, eis que, características que normalmente destoam do édito condenatório determinativo da prisão, quando prolatado em primeira instância.

Mais que a finalidade de afastar o não maculado anteriormente pelo crime, o bom cidadão do nefasto ambiente dos cárceres, a nós parece que visou o legislador evitar a custódia provisória daqueles que possuidores de tais requisitos não se constituíssem em perigo potencial à sociedade.

Por mais que se queria não se pode esquecer o casuísmo que objetivou a lei que produziu modificações no artigo em comento (Lei nº 5.491 de 22.11.1973).

E, interpretação histórica da norma leva a permitir a conclusão de que o legislador, ao buscar com ela o benefício de certo Delegado de Polícia, o fez em razão de sendo ele primário e de bons antecedentes, poder permanecer solto até o trânsito e julgado da decisão, eis que não significa perigo à comunidade.

Ora, vingando a conclusão a que chega-se o espírito do artigo quando permite a prisão daqueles que não ostentam “a primariedade e bons antecedentes” é exatamente de cautelar, o prevenir, a sociedade das pessoas que, por já iniciadas nos caminhos do crime, que, por já terem levado em suas vidas características negativas possam incidir em delitos.

¹⁵ **MIRABETE**, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Mais importante ainda, de acordo com Mirabete¹⁶, ao negar a liberdade (e o mesmo vale em sentido contrário, para a decretação da prisão) em sede decisória em sede de primeiro grau deve o juiz fundamentar o édito, discorrendo sobre a periculosidade do agente, as graves consequências do crime ou existência das demais hipóteses que norteiam a prisão preventiva, sob pena de decretar-se a nulidade da custódia.

Até mesmo a Lei nº 8.072/90, que como dito trata do crime hediondo e dá outras providências, austera ao extremo nos benefícios concedidos ao acusado desde a sua prisão em flagrante, se rende ao sentido de cautelaridade conferida à prisão advinda da condenação provisória por infringência aos tipos penais nela contidos, ao admitir em seu art. 2º, que diz: “o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

“Dessa forma, presente os requisitos e inexistente os pressupostos que autorizam a prisão preventiva, o benefício pode ser concedido aos condenados por crimes hediondos ou que lhe são equiparados desde que o magistrado declare as razões porquê o concede”, como, ainda uma vez mais leciona Mirabete.¹⁷

Feita a exposição, obriga-se a concluir que as prisões pela pronúncia e condenação em primeiro grau, não se constituem em custódias autônomas, eis que os pressupostos para a determinação do encarceramento são os mesmos do art. 312 do Código de Processo Penal.

3.1.1 NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Aqui, como alhures a prisão preventiva tem sido tratada, de longa data como instituto de natureza claramente cautelar.

Por esse motivo seguindo a esmagadora maioria dos processualistas penais pátrio – e até por uma questão de costume – pensa-se inicialmente em respaldar tais entendimento sem mais delongas.

No entanto com o surgimento entre nós, através da Lei nº 8.952/94, que, como sabido produziu modificações no Direito Processual Civil, da tutela antecipada (art. 273, CPC), entende-se que deveria-se incursionar um pouco mais profundamente, estudando a prisão preventiva também à jus no novel instituto.

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Dispõe o referido artigo do Código de Processo Civil :

“Art. 273: O juiz poderá a requerimento do parte antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida na inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

§1º. A decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará de claro e preciso as razões do seu convencimento.

§2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo da irreversibilidade do provimento antecipado.

§3º. A execução da tutela antecipada observará, no que couber os expostos nos incisos II , III do art. 588.

§4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada ao qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§5º. Concedida ou não a antecipação da tutela. Prosseguirá o processo, até o final da julgamento”.

Parece que o legislador ao trazer ao código nada mais fez que oficializar no Processo Civil as medidas provisórias satisfativas, de criação doutrinária e de tantas polêmicas, dando-lhes roupagem nova e submetendo-as ao regime expressamente contido em lei.

Os civilistas que dele cuidam, aliás, enfatizam em seus discursos exatamente tal satisfatividade.

Exemplifica-se: trata de medida de natureza antecipatória de cunho satisfatório que difere das medidas provisórias de natureza cautelar, cuja feição é preventiva... ao contrário da medida cautelar que demanda ação separada, a antecipação da tutela se faz dentro da própria ação principal, e mediante requerimento do sujeito ativo, ouvindo-se necessariamente o réu.

Apesar de suas características comuns e de sua identidade quanto à função constitucional que exercem as medidas cautelares e as antecipatórias são tecnicamente distintas, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha relevo em face de autonomia de regime processual e procedimento que lhes foi atribuído pelo legislador.

Tomando por base o art. 273 do CPC, pode-se definir medida antecipatória como a medida através da qual o juiz antecipa, total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida na tutela inicial. Se identificar o conjunto das medidas de tutela provisória, as que apresentam essas

características, pode-se ainda que por exclusão distingui-las das demais, sujeitas ao regime de processo cautelar.

Também no campo destinado ao Direito Processual Penal, as primeiras opiniões tiveram o condão de exaltar as satisfatividade.

Assim como um espelho com suas faces, há dois critérios que servem, cada um, para conceituar e afastar a outra tutela. O critério que afasta ocorrência da tutela cautelar, para firmar a existência da tutela antecipatória, é o da satisfatividade. Seria satisfativo a decisão jurisdicional que, no plano fático, atende a uma pretensão de direito natural:

Partindo-se de tal premissa (satisfatividade de uma pretensão de direito material), aqueles que concedem autonomia à prisão decorrente da condenação provisória, reconhecendo advir dela início de condenação, imediatamente vão proclamar o sentido antecipatório de que a mesma é imbuída.

Mais do que isso, ao imaginar-se que ocorrido a prisão provisória, seja ela de que índole for, em face da detração (art. 42 CPC) antecipa-se a futura pena privativa de liberdade, mesmo que sustentada a existência, unicamente da prisão preventiva fulcrada no art. 312 do CPC, e que pode ocorrer a qualquer comento, inclusive na fase decisória, parecerá ela impregnada do caráter de tutela antecipada.

Muito embora como entende-se, expulsa-se e repete-se, se tenha oficializado a existência da cautelar satisfativa no seio do CPC, não é só esse ponto (satisfatividade) que embasa a tutela antecipatória, como se extrai no art. 273 que ver-se-á à frente.

Aliás, até a satisfatividade para configurar a tutela antecipatória, deve ser completa relativamente à pretensão material em discussão e, ademais ser o escopo da medida de urgência em exame: Será antecipatória aquela medida pré-ordenada, satisfação antecipada da pretensão de direito material e não aquela que, quase acidentalmente acaba por antecipá-la. Daí se pode referir que o fenômeno nesse caso é de satisfatividade teleológica e não meramente consequencial.

O outro critério, que por sua vez afasta a ocorrência de tutela antecipatória, para afirmar a existência de tutela cautelar é o da referibilidade. A tutela cautelar, ao contrário da antecipatória, é referível sempre a uma situação de perigo, da qual não se afasta.

Ora, certamente o que não ocorre na prisão preventiva.

Nos exatos termos do art. 312: “a prisão preventiva poderá ser decreta como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instituição criminal ou para assegurar a

aplicação da lei penal. Quando houver prova da existência de crime e indício suficiente da autoria”.

Portanto, quando se busca tal prisão provisória, o faz visando quase sempre o direito formal, nunca embasado no direito material, este próprio para alicerçar a decisão do mérito.

Ademais, o referencial que norteia o pedido é, também quase que sempre, uma situação de perigo chegando-se às pretensas satisfações supra elencadas meramente por consequência.

Ao contrário do que se parecia prenunciar, portanto, aos poucos afasta-se da órbita das tutelas antecipadas a prisão preventiva.

Porém, mais se acentua a divergência quando do caput do art. 273, se percebe a exigência da “prova inequívoca” para a concessão da tutela.

Quanto ao pressuposto: *fumus boni iuris* deverá estar, portanto especialmente qualificado: exige-se que os fatos examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fato certo. Em outras palavras: diferentemente no que ocorre no processo cautelar (onde há prejuízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela do mérito supõe “verossimilhança” quanto ao fundamento de direito, que ocorre (relativa) certeza à verdade dos fatos... Na verdade à referência “prova inequívoca” deve ser interpretada no contexto do relativismo próprio dos sistemas de provas. Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta – que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo verdade.

À prisão preventiva não se exige tanto, eis que os indícios suficiente de autoria equivale as *fumus boni iuris* isento do superlativo supra apontado.

Considerando-se momento da decretação da custódia, pode variar numa verdadeira escala os citados indícios.

É certo que a prisão preventiva decretada durante o inquérito, permitirá aquilatar-se os indícios de uma forma bem menos exata, que a decorrente daquela decretada na denúncia ou sentença condenatória de primeiro grau, quando então a instrução já estará completa.

E, considerando-se as diferenças apontadas, menor ou maior que será a dose de convencimento que brotará dos indícios.

Impossível dizer-se, ante tantas oscilações, ante a possibilidade de reconhecer-se em um momento “indícios” que, tempos depois podem desaparecer ante a prova e polida, que equivalem eles “à quase certeza da prova inequívoca”.

Também por isso, impossível dizer-se que a prisão preventiva possa ser aceita como tutela antecipada, sendo preferível, voltando-se ao início da discussão entendê-la como prisão cautelar.

Fixa-se entanto, o art. 312 do CPC, como visto, algumas situações nas quais torna possível a decretação da prisão preventiva.

Assim, do elenco citado, nos afigura possível falar em medida cautela quando cuide de “conveniência da instituição criminal” ou da “aplicação da lei penal”.

Quando o acusado ameaça as testemunhas que lhe são contrárias, causando obstáculos à instituição, ou procure furtar-se ao distrito de culpa, buscando impedir a eventual aplicação da pena – exemplos mais comuns patente a cautelaridade inserida da decisão que decreta a prisão preventiva, como se extrai da análise até agora feita.

O mesmo não se dá, no entanto, quando se fundamente o requerimento embasado na garantia de “ordem pública” ou “ordem econômica”.

Desde que a permanência do réu livre possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão prejudicial ao meio social. Cabe ao juiz decretar a prisão preventiva “como garantia da ordem pública”. Nessa hipótese a prisão preventiva perde seu caráter de providência cautelar, constituindo verdadeira ‘medida de segurança’. A *posteta coercendi* do Estado, atua, então, para tutela, não mais ao processo condenatório a que está instrumentalmente conexa e sim, à própria ordem pública.

Aliás, o tema mereceu a perplexidade de Tourinho Filho¹⁸, que dissertando sobre ele ao final, deixa no ar pergunta que quase traz em si embutida a resposta. É dele: “a rigor, toda prisão preventiva deveria ter uma finalidade eminentemente cautelar, no sentido de instrumento para a realização do processo (preservação da instrução criminal) ou para garantia de seus resultados (assegurar aplicação da lei penal). Mas, e na hipótese em que o juiz a decreta como garantia da ordem pública onde sua instrumentalidade processual?”.

Por não haver a “instrumentalidade” demandada o que nos parece claro, na medida em que nesses caso age o Judiciário, a sua função básica, precípua de garantir a “segurança pública” com autêntico “poder de polícia” é que afirma-se : “de fato, a prisão preventiva decretada por garantia da ordem pública, embora seja motivada por situação urgente seja formal e materialmente sumária, fundada na aparência temporária e incapaz de gerar a coisa julgada material, não é cautelar por faltar um requisito essencial: “a referibilidade”.

¹⁸ **TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. *Manual do Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Resumindo desta forma, a prisão preventiva embora pareça trazer embutidos em si os pressupostos de tutela antecipada, tem em natureza jurídica de medida cautela, quando decretada em favor da instrução criminal e da aplicação da pena, convertendo-se em verdadeira “poder de polícia”, quando trate de proteger a ordem pública ou ordem econômica.

Quando a ordem pública estiver ameaçada, isto é quando uma pessoa, por sua periculosidade oferecer perigo à tranquilidade da sociedade, quer seja cometendo novos crimes, quer seja porque possa vir a ser vítima de uma *vindita* popular, justifica-se plenamente a medida cautelar da prisão preventiva.

Para que seja decretada a prisão preventiva é necessário a presença de um dos fundamentos da coluna I, de ambos os pressupostos da coluna II, e ambas as condições da coluna III, e finalmente, de uma das condições da coluna IV.¹⁹

I	II	III	IV
1) Garantia da Ordem Pública Ou 2) Conveniência da Instrução Criminal Ou +	1) Indícios de autoria E +	1) Crime E +	1) Apenado com Reclusão Ou
3) Garantia da Aplicação da Lei Penal Ou 4) Garantia da Ordem Econômica	2) Prova de Materialidade	2) Doloso	2) Apenado com Detenção - a) vadio ou b) não- identif. c) reinc. Em Crime doloso

¹⁹ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Processo Penal, Parte Geral*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

3.2 DA LEGALIDADE E CONVENIÊNCIA DA PRISÃO PREVENTIVA

3.2.1 DA LEGALIDADE

Sob esse título, polêmicas sem fim têm ocorrido no desenvolver histórico do Direito Penal.

Completa-se que tais debates ainda hoje ocorrem.

Realmente, num momento em que se prega a própria abolição da pena (sentença transitada e julgada), o que não se dizer contra aquela que é determinada com base em indícios?

Num tempo em que a “presunção da inocência” acolhido pela Revolução Francesa (art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), alcança o patamar de princípio constitucional como se concordar com a prisão sem culpa formada, que parece afrontar a norma constitucional que se embasa em tal presunção?

Ingressando na discussão dos pontos referidos, tenha-se em conta, por primeiro a combatida quebra da liberdade, tida e havida como ato de força de Estado.

Não é propriamente isso que ocorre, visto que na formação do Estado, concordou o indivíduo em abrir mão e de parcela de seu direito de liberdade em determinadas circunstâncias, num verdadeiro contrato social, para que se visse preservada a sociedade.

Portanto, a legitimidade da quebra da liberdade enunciada decorre dessa concessão contratual.

Se boa ou má a instituição carcerária criada; se nefasto ou não o sistema prisional, se travestido de autoritário ou não o Direito Penal, a realidade é que lhe legítimo e legal, enquanto houver o pacto indivíduo-sociedade nos moldes tratados, ser acatado.

Diria que o que vale para a prisão-pena, também vale para as prisões provisórias e, via de consequência para a prisão preventiva, espécie delas.

Ao permitir, no pacto firmado, que a parte da liberdade individual fosse cerceada, em benefício do todo, o fez o particular de forma incondicional, quer nos casos de condenação definitiva, quer durante, ou até antes do processo.

Tanto parece ser verídico o afirmado que, no ensejo da Carta Magna, que traça parâmetros do Estado Brasileiro, vai-se encontrar, com a concordância tácita dos nacionais, todo um regramento relativo à prisão.

Assim a partir do art. 5º, LIV, além dos incisos LXII, LXIII, LXV e LXVII, aparecem normas que regulamentam a atividade da autoridade limitando a discricionariedade das mesmas no estabelecimento das prisões.

Particularmente à prisão provisória existe no artigo em questão o inciso LXI também tacitamente aceito, que permite a sua concessão ao adiantar que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, deferido em lei”

Bem por isso, é voz corrente na doutrina se tem entendido que encontrando abrigo a prisão provisória na Lei Maior, reveste-se ela da legalidade necessária à sua aplicação.

Inobstante isso surgindo com a CF/88, o já citado princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII: “ninguém, será considerando culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”), reacendeu-se a discussão sobre a legalidade e até a legitimidade de tais tipos de custódia”.

3.2.2 DA CONVENIÊNCIA DA PRISÃO

No que concerne à conveniência da prisão provisória, encontra-se na necessidade de se evitar uma situação de risco, futuro quanto ao processo e presente ou futura em relação à sociedade.

Conforme enfatizado na segunda parte do ar. 312, CPP (“conveniência da instrução criminal” ou “assegurar a aplicação da lei penal”) alojam-se os “riscos” que poderão ocorrer no processo, enquanto que na primeira parte do referido artigo (“garantia da ordem pública” ou “da ordem econômica”) situam-se os “perigos” que poderão rondar a comunidade, ensejando o já citado “ato de polícia” pelo juiz.

Conveniência “e necessidade”, são termos umbilicalmente ligados, devendo o magistrado, longe de guiar-se por mera discricionariedade na concessão da ordem de prisão, justificar-se seu despacho sobre a “necessidade” da medida, cumprindo, não só o exigido constitucionalmente (art.93, IX da Constituição Federal), bem como o recomendo ela doutrina à larga data.

No entendimento geral, se vê a necessidade aventada quando ocorra”...o temor de fuga do acusado, conluio com outras pessoas, perturbação da ordem pública, alteração da prova que impossibilite a busca da verdade real, corrupção e ameaça de testemunhas, ou seja, naquele

momento processual vislumbra-se a situação do momento da instrução do feito, da execução da pena e não se tem garantia de que o processo vá transcorrer normalmente e o indivíduo vá se submeter à decisão imposta”.

A preocupação da lei em estabelecerá medida de cautelar como necessária nas circunstâncias de risco futuro, se por um lado é verdadeiro inconveniente para as pessoas, por outro lado é verdadeira proteção à liberdade provisória contra o arbítrio e a prepotência de juízes de má formação.

Tranqüilo pois, em final que a custódia provisória (e, conseqüentemente, não nos faltar-se de dizer, a prisão preventiva) é decorrente da vontade do legislador que entendeu-a conveniente para obstar perigo (presente ou futuro) emergente ao processo ou à sociedade.

Entende-se, desta maneira, bem delineadas a legalidade e conveniência da prisão preventiva.

Veja-se, a seguir, na seqüência a que propôs-se, no que consistem, as figuras elencadas pelo art. 312 do CPP; qual o entendimento que norteia e o que deve nortear a determinada “fundamentação” do despacho por diversas vezes trazidas à colação no presente estudo.

3.3 A FUNDAMENTAÇÃO DO DESPACHO E POSSIBILIDADES DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

“A motivação de todo e qualquer ato do juiz penal que implique numa restrição à liberdade individual é, portanto, indispensável, pó que se traduz no próprio e regular exercício da jurisdição constitucional da liberdade. O problema da motivação de sentença não se restringe, deste modo ao campo puramente processual: mergulha suas raízes do Direito Constitucional. Como observa-se a motivação das sentenças é o instrumento que torna possível controlar a fidelidade do juiz à lei no momento em que faz atuar as prescrições normativas em que se exprime a *iuridicto*: independentemente da matéria processual (civil ou penal) do conteúdo do pronunciamento (processual ou de mérito), da composição do órgão (togado ou leigo), a providência aplicadora da lei deve estar acompanhada de enunciação do *ratio decidendi*.

Bom por isso, “a exigência de fundamentação é um obstáculo ao arbítrio que repugna ao estado de Direito, mesmo que exercido pelos juízes. Por isso deve-se reconhecer essa exigências

como “mais umas das garantias predispostas pelo Estado de Direito como tutela das liberdades individuais”.

Inspirado pelas considerações , que há tempos incidem sobre a matéria, o legislador constituinte fez constar do inciso IX do art. 93 da CF/88 que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentados todas as decisões, sob pena de nulidade...” procurando, destarte, conter eventuais abusos judiciais,

Obrigatoriamente, o magistrado deve motiva suas decisões, mormente quando tenham elas por fim a decretação de prisão sob pena de, afrontando liberdades individuais, levar à nulidade do ato.

Torna a situação, dessa maneira, contornos de extremada importância se considerar os éditos que culminem por deferir os pedido de prisão preventiva (que aliás, anteriormente à norma constitucional já exigia para seu deferimento, no art. 315 do CPP, a fundamentação).

E isso se dá, em razão se situações próprias, verdadeiros números cláusulas dos quais não pode se afastar o magistrado da fundamentação do decreto de custódia, de acordo com o art. 312 do CPP.

Quando ocorre situações de risco, considerando a onde de violência que vem causando instabilidade social, principalmente em grandes centros, usam das prisões provisórias de modo arbitrário e revoltante, utilizando-se abusivamente, das normas das quais são intérpretes, com o fato de punir por punir.

Seria mais plausível ante os males acarretados pelo encarceramento, que os juízes se conscientizassem dessa foto, tornando-se mais avaros na concessão das prisões provisórias; guardando a custódia unicamente para os casos impreteríveis, ou ao menos buscassem substitutivos que se aparentassem menos nocivos.

3.3.1 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A garantia da ordem pública é dos temas mais controvertidos nos tribunais e mesmo na doutrina. Percebendo-se em primeira linha que a prisão em face desse requisito não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

A garantia da ordem pública, como fundamento da prisão preventiva, vem sofrendo, pela maioria dos operadores de direito, uma interpretação extensiva. O que está acontecendo é que os decretos de custódia preventiva com a finalidade de garantir a ordem pública estão relacionados com os mais diversos motivos, tais como: clamor social, gravidade do delito, perplexidade, abalo ou inquietação social etc.

Pode-se perceber que, se a expressão “ordem pública” sofrer uma interpretação extensiva, todos os casos de prisão preventiva vão estar fundamentados com base empírica na garantia da ordem pública, pois, qualquer delito, menos que seja a gravidade, vai atingir a tal “ordem pública”. Em princípio rejeita-se a “interpretação extensiva”, se por ela se entende a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo limite máximo de resistência semântica da letra da lei, porque seria analogia.

Entende-se que a interpretação adequada para o fundamento da garantia da ordem pública é a restritiva, pois, além de se tratar de uma norma processual penal com caráter material, ela deve ser interpretada sempre a favor do réu.

Essa expressão garantia da ordem pública é de difícil definição; pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, é pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem. Há entendimentos no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir da gravidade por crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o mencionado sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações.

O argumento quase que incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, que se pretenda fundamentar a preventiva para a garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime, acrescido à sua gravidade, de uma maneira ou de outra, estaria partindo de uma antecipação de culpabilidade.

Parece, no entanto, que sempre o princípio do estado de inocência deverá ser flexibilizado, quando em risco valores constitucionais igualmente relevantes. Não se refere à segurança pública como mera abstração, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcioníssimas.

Haverá futuramente, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de

execução, quando presentes à barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, esteja a reclamar uma providência imediata do poder público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. Muitos autores assumem a autoria do crime, e nem sempre em situação que se possa identificar, de ponto, o risco de tortura na obtenção da confissão.

Num tema tão complexo, todo cuidado é realmente pouco. Mas não é por isso que autoridade judicial deve recusar peremptoriamente qualquer possibilidade de decretação da prisão para garantia da ordem pública, mas devido à conceitual da expressão “ordem pública”, o juiz – que garante a instrução no processo de estrutura acusatória – ao decretar a prisão preventiva com este fundamento, deve fazer uma leitura restritiva da norma, respeitando os princípios da legalidade e da proibição da analogia “in malam partem”, observando sempre o que é melhor para o réu.

A prisão preventiva para garantir a ordem pública somente deve ocorrer em hipóteses se crimes gravíssimos, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, e somente quando seja possível contatar uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade. (STJ – HC n. 21.282/CE, DJ 23.9.2002).

Ainda nesse campo, a existência de outros inquéritos policiais e de ações penais propostas contra o réu (ou indiciado) pela prática de delito da mesma natureza poderá, junto com os demais elementos concretos, autorizar um juízo de necessidade de cautela provisória. Vale registrar, jurisprudência da Suprema Corte, validando tais informações (inquérito) até mesmo para fins de reconhecimento de maus antecedentes (HC n. 72.643. Rel. Min. Ilmar Galvão; HC n. 74.967, Rel. Min. Moreira Alves).

3.3.2 A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira²⁰, “a referência expressa à garantia da ordem econômica é total inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*, 3ª ed. Minas Gerais: Del Rey.2004.

sobre ela”. Semelhante modalidade de prisão dói incluída no art. 312 do CPP, pela lei n. 8.884/94, a tal Lei Antitruste, que cuida de ilícitos administrativos e civis, contrários à ordem econômica.

Ainda nessa linha de raciocínio, parece ter sido determinante a inclusão da prisão para garantia da ordem econômica. Já havia, no art. 30 da Lei n. 7.492/86, a previsão de decretação de prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada. Essa tal magnitude não seria amenizada e nem diminuídos os prejuízos com simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar que aparece mais adequada é o seqüestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Essa no entanto parece ser a melhor solução e a menos aplicada, seria o melhor meio para tutelar a ordem financeira, em que há sempre risco de perdas econômicas generalizadas.²¹

Seguindo a letra de Fernando Capez²², “a garantia da ordem econômica, trata-se de uma repetição do requisito garantia da ordem pública”.

Fazendo um passeio pelo meio histórico de nosso ordenamento jurídico, observando a atuação da Justiça Penal brasileira, leva a concluir que não é de nossa tradição punir os delitos econômicos, a não em raras ocasiões; tal que exigência das injunções político-partidárias; prejuízo ao cofre público.

3.3.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Para que haja explícita diferença entre “ordem pública” e “ordem econômica” os parâmetros da expressão em apreço, na medida que possa ela ser cotejada com a concreticidade do processo, apresenta campo de abrangência.

A doutrina mais balizada neste termo assegura que tem fixado os limites da “conveniência da instrução” pela produção de prova, adiantando que o *periculum in mora* que permite a decretação da custódia preventiva pode se dar quando influencie na obtenção das mesmas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, etc...

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*, 3ª ed. Minas Gerais: Del Rey.2004.

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Se o réu por permanecer solto está influenciando danosamente na instrução do processo, procurando aliciar testemunhas falsas, ou ameaçando pessoas que possa contra ele depor, ou ainda se houver perigo de fuga que o impeça de comparecer a juízo, a fim de levar esclarecimentos úteis à instrução da causa, a prisão preventiva poderá ser decretada por conveniência da instrução criminal.

Portanto, mais de evidência que o juiz deve fixar, quando ao tema, no que brota dos autos, só decretando a prisão quando o *periculum* estiver evidenciado pela efetiva influência do réu na produção de prova.

“ A prisão preventiva dever ser convincentemente motivada. Não bastam, para isso, meras conjecturas de que o acusado poderá evadir-se ou embasar a ação na justiça. Isso se impõe, sobretudo, quando o acusado apresentou espontaneamente às autoridades. A fundamentação deve ser substancial, com base em fatos concretos e não mero ato formal.” (RTJ 73/411)

“Despacho não fundamentado. Magistrado que se reporta ao proferi-lo à cota do Ministério Público. Inadmissibilidade. A fundamentação há de ser própria da decisão que decreta a prisão, pois somente assim evidenciada ficará a imprescindível relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado na lei penal.” (TJ-SP RT 535/262)

Conclui-se que unicamente quando a atitude do acusado trazer ou estiver na eminência de trazer prejuízo à prova, preocupando-se com o dano processual futuro que daí poderá advir (eis que poderá influenciar na decisão da causa), caberá ao magistrado, lastreado na “conveniência da instrução criminal”, decretar a prisão preventiva.

Deve ser lembrado que o réu não interfere pessoal e diretamente na prova.

Presente no processo a notícia da ameaça, não raramente, o juiz determina a custódia preventiva, invocando em tal decisão a figura em estudo “conveniência da instrução”.

Não basta, daí o silogismo errôneo, ou simplista por excelência concluir-se que se o benefício da ameaça canalizou-se em direção ao réu, deve ele, obrigatoriamente ser encarcerado para que seja preservada a instrução.

3.4 APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Sendo o último elemento ensejador da prisão preventiva, refere-se o art.312 do CPP ao fim assecuratório da aplicação da Lei Penal,

Após definir o que se entende por “conveniência da instrução criminal”, se esmera em estabelecer que tudo indica que o réu, temeroso do resultado do processo, fuja do distrito da culpa ou então, provável seja essa fuga, por apresentar garantias suficientes à Justiça, visto lhe ser indiferente a vida errante pelo perseguidos órgãos da repressão penal, a prisão preventiva terá cabimento “para assegurar a aplicação da pena”.

Pode por fim, a prisão preventiva ser decretada para garantir a aplicação da lei penal, ou seja, a execução da pena. Com a medida cautelar pode-se impedir o desaparecimento do autor da infração que pretenda se subtrair ao efeito da eventual condenação. O acusado que não tem profissão definitiva, não possui endereço conhecido, não reside no distrito de culpa, não tem laços familiares, etc... pode perfeitamente evitar a aplicação da lei penal, sem maiores prejuízos para si, desaparecendo da comarca, inclusive dirigindo-se a outro Estado onde sua localização se torna mais difícil. A fuga ou escusa em atender o chamamento judicial, dificultando o andamento do processo. Retarda ou torna incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia provisória.

Inegável que diferentemente da linha geral de entendimento acerca do assunto, não admite-se uma única forma de prisão preventiva que pode ser aplicada inclusive nas decisões provisórias - como os acórdãos da “instituição criminal” – se restringem à custódia decretada antes das sentenças, que de mérito quer de pronúncia.

Indo mais além, quanto aos retardos, cabe a prisão preventiva certamente, na suspensão do processo prevista pelo *caput* do art. 366 do CPP.

Também torna-se possível o acatamento do pedido que insista na segregação cuidada, me que pese, nesse caso já haver findado a instrução, quando se cuidar de réu revel (seja qual for a razão) pronunciado pela força do art. 455 do CPP.

A jurisprudência dominante tem consagrado que:

“Tribunal de júri: crimes inafiançáveis: a presença do réu é indispensável. CPP art. 451 e seu § 1º (STF-*HC* 71.923-6 PE-*DJU* de 24.2.1995, pág. 3.678).

“A Constituição da República de 1988 consagra ser direito do réu silenciar. Em decorrência, não despejado, embora devidamente intimado, não precisa comparecer à sessão do Tribunal do Júri. Este, por isso, pode funcionar normalmente. Conclusão que se molda aos princípios da verdade real e não compactua com a malícia do acusado de evitar o julgamento.” (RT 710/344)

Aliás, inúmeras são as decisões dos tribunais no sentido de que:

“Não constitui constrangimento ilegal a prisão preventiva conta o réu que se achava em liberdade provisória na forma no art.408,§ 2º do CPP, mas que, embora regularmente intimado, não comparece ao seu julgamento pelo Tribunal do júri”.(RT 542/433)

Os problemas surgirão quanto a abordagem dos prejuízos que possam ocorrer ao processo pela ausência do acusado.

Preceitua p art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal que o *preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo – lhe assegurada a assistência da família e de advogado.*

Certamente a inspiração do constituinte foi provinda do Direito norte-americano. A regra de que o preso pode permanecer calado decorre da 5ª emenda à Constituição (1791), em que se lê, postos de lado outros aspectos, que “*ninguém poderá ser constrangido a depor contra si próprio...*”

Nesse mesmo entendimento tem-se que o réu não será obrigado a fornecer elementos de prova que possa ir contra ele mesmo.

Não bastasse a Constituição abrigar tal escopo, ainda os Pactos que o Brasil se obrigou a respeitar, proclamam: “toda pessoa acusada de um delito, terá como garantia mínimas, entre outras, não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada”, art. 14,3, g, Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos de 1966 (adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966)

Ainda a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica – ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) com os mesmos dizeres enaltece e garante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que no decorrer de vários séculos de história, o Estado, guardião dos interesses coletivos, apresentou imensurável evolução.

Inicialmente a privação da liberdade visava preservar os réus até os julgamentos de modo rudimentar. Foi daí que se deu o caráter cautelar.

Tal definição surgiu antes mesmo da existência da prisão como pena punitiva.

Em épocas, entendia-se a prisão como tentativa de assegurar que o réu se fizesse presente no decorrer do processo. Tempos depois, passou a figurar vingança. Acreditava-se que mesmo através desses atos, muitas vezes atroz, defendia-se a vontade de Deus.

A história da prisão penal passou por diversas fases memoráveis como na época da Inquisição, onde a cautelaridade adquire uma notória importância, considerando que o almejado para manutenção da prisão era a confissão. E para isso era indispensável a tortura e restrição aos direitos básicos do ser humano.

No Brasil, de raízes portuguesas; heranças foram deixadas nesse sentido. No entanto logo foi adotada a filosofia iluminista, preservando o princípio da igualdade. Mesmo assim, não abandonou em sua tradição o cerceamento da liberdade, ora como garantia da aplicação da pena (olhos do Estado), ora como provável antecipação da lei penal (olhos do réu).

Destarte, observado que havia não só a necessidade de evolução e sim de eficácia, o ordenamento jurídico partiu da premissa adotada em Pactos aderidos onde o princípio da presunção da inocência; além de ter valor constitucional era de relevante condição para aplicação da lei. Ocorre que, no emaranhado de conceitos, normas e pactos, as idéias se perdem entre a culpabilidade e a presunção da inocência, o dever de punir e o ônus da prova.

No que concerne ao conceito de prisão, este de forma geral é entendido como uma forma de privar a liberdade através de uma ordem escrita.

Mesmo diante de tantas modalidades e formas de aplicação, a prisão se divide em:

- I) prisão decorrente de sentença;

II) prisão decorrente de não condenação.

O presente estudo atentou-se a prisão processual.

Para que haja tal aplicação, deve atender ao *fumu boni iuris* e ao *periculum in mora*.

A questão quanto a devida classificação acerca da cautelaridade da prisão é que por vezes, as diferenças se juntam numa só linha de entendimento, dificultando sua aplicabilidade.

No caso da Prisão Temporária, que é admitida de forma cautelar, não se pode afirmar que tenha exclusivamente esta característica. Pois é admitido quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial. Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, da autoria ou participação do indiciados nos seguintes crimes, mas no curso de elementos elencados mas pareceu uma forma de prisão em flagrante de cunho exclusivo de intimidação; vez que mesmo quando o indiciado possui residência fixa e afins, este ainda está sujeito a tal medida, tornando assim o pressuposto totalmente desnecessário.

Na Prisão em Flagrante, esta sim poderia ser revestida exclusivamente de caráter cautelar se não fosse analisada como uma forma exemplar de advertência aos maus, de satisfação em restituir a tranquilidade aos bons; de restaurar a confiança na ordem jurídica e na autoridade. Pois mesmo o estado de flagrância não exclui da presunção legal da inculpabilidade. Mas tal estado “garante” a colheita de provas e elementos de convicção sobre a prática do crime, trazendo assim o sentimento de correção e de dever cumprido; o que satisfaz a sociedade.

Nesse contexto, há duas correntes. Uma afirma que a custódia em flagrante faz parte da prisão provisória e outra que faz alusão à produção de prova e sua credibilidade.

Por sua vez a Prisão Preventiva é admitida ainda que se trate de réu primário e de bons antecedentes, mesmo sendo esses requisitos de relevante análise em pronúncia, sendo é claro, devidamente fundamentado.

Há ainda a necessidade do atendimento aos fundamentos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal; garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal e garantia da ordem pública. Este último fundamento é difícil definição. Porém é de corriqueira aplicação.

Tal extensão não deveria ocorrer, considerando que esses atos oscilantes, levam à banalidade. Prova disto é que essa norma processual deveria ser usada em favor do réu; e no

entanto, vem sendo utilizada para decretos de custódia preventiva com os mais diversos aspectos, tais como: clamor social, gravidade do delito, perplexidade, abalo ou inquietação social etc.

Conceitua-se garantia da ordem pública, como sendo a seguridade da sociedade face ao cometimento de crimes que possam perturbar sua paz.

Seu uso deveria ser de forma responsável, sendo feita uma última leitura restritiva da norma, respeitando os princípios da legalidade e da proibição da analogia; observando sempre o que é melhor para o réu.

Como forma de exemplificar tais informações, foram extraídos dados de 5 Operações da Polícia Federal, nos meados do ano de 2007, 2006 e 2005.

No ano de 2005, no mês de junho, durante a realização da Operação Curupira, foram expedidos cento e trinta mandados de prisão, onde cumpridos cento e vinte e quatro, dentre estes, setenta pessoas tiveram a prisão temporária prorrogada, já o número de decretos de prisão preventiva com fundamento da garantia da ordem pública foi menor, sendo apenas trinta e dois, onde vinte e seis permaneceram presos por duzentos dias, e seis permaneceram presos pelo tempo de duzentos e setenta e dois dias.

Como forma de continuação, em agosto do mesmo ano, teve a Operação Curupira II, que tentou capturar outros indiciados, surgidos ao longo dos depoimentos; dessa vez foram expedidos vinte e dois mandados de prisão, foram cumpridos dezesseis mandados, esses permaneceram cento e trinta e três dias retidos na sede da Polícia Federal.

Ainda em 2005, agora no mês de outubro, deu-se a Operação Ouro Verde, como números inferiores, se comparado aos demais, mas de igual relevância. Os números apontam que foram expedidos quarenta e sete mandados de prisão, quarenta e dois cumpridos, trinta mandados de prisão temporárias foram prorrogadas, e decretou-se dezoito mandados de prisão preventiva, o cárcere totalizou-se em setenta e três dias.

Já no ano de 2006, precisamente no mês de setembro, foi realizada a Operação Daniel, onde expediu-se cento e quarenta e seis mandados, sendo cinquenta e sete mandados para prisão, cumpriu-se quarenta e seis, trinta e quatro prisões temporárias prorrogada e houve decretação de prisão preventiva para vinte e nove indiciados, sete indiciados permaneceram cinquenta e sete dias presos, e os outros vinte e dois ficaram por duzentos e trinta e dois dias encarcerados.

Por fim, no decorrer no ano de 2007, com a Operação Furacão, os números foram mais precisos, todos os vinte e cinco mandados de prisão foram cumpridos e todos permaneceram por volta de oitenta e três dias.

Portanto, de acordo com as informações acima mencionadas, fica comprovado que a garantia da ordem pública por si só, não atende mais aos pressupostos pela qual foi criada.

Ainda nesse entendimento através de exames, verificou-se que a prisão preventiva que é uma prisão de natureza cautelar, não mais se é utilizada com essa finalidade, (cautelaridade). Trata-se de remédio para tentar curar a doença que afeta a sociedade.

Trouxe à exposição diversos entendimentos acerca da expressão Garantia da Ordem Pública, onde ao final; a junção das idéias de outros pesquisadores, concluiu-se na mesma idéia adotada pelo meio.

Tendo visto os conceitos, espécies e variações de prisões, conclui-se que nosso sistema aplica seu entendimento de forma unilateral. Pois, nossas normas prevêm tratamento igualitário, justo, imparcial, sendo necessário o atendimento aos requisitos estipulados.

Mais uma vez, resta comprovado que prevalece não mais os fatos, provas e seguimentos; e sim, o entendimento deste egrégio. i.e, como sempre vêm fundamentados os despachos das prisões preventivas.

A conveniência da medida (garantia da ordem pública) passa do patamar de requisito fundamental para decretação da prisão preventiva para ser instrumento utilizado, segundo a sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente em prática criminosa.

“No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da aplicação da medida de ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa.” (STF – 2ª turma – RHC 65.043 – rel. Min. Carlos Madeira in RTJ 124/1033)

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicómaco**. Quetzal, 2004. Tradução portuguesa de António de Castro Caeiro.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, Adriano Almeida. **O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>; acesso em 20/07/2007 às 22:50 hrs.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, Ed. Martin Claret, São Paulo, 2003.

JUNKES, Maria Bernadete/ Santos, Maria Lindomar dos. **Trabalhos Acadêmicos: A facilidade em desenvolvê-los**. Rolim de Moura: D'press Editora & Gráfica, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa. Ed. Calouste Gulbenkian, 1985, p. 87.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros, 9 ed. 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, 18ª ed, São Paulo: Atlas, 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de Processo Penal**. Saraiva, 6 ed. 1991.

NOGUEIRA JUNIOR, Geraldo. **A Evolução Histórica das prisões cautelares**. Disponível em http://www.papiniestudos.com.br/ler_estudos.php?idNoticia=23, acesso em: 12/07/2006, 22:18 hrs.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**, 3ª ed. Minas Gerais: Del Rey.2004.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Da Prisão e da Liberdade Provisória**. Bauru, Edipro. 2000.

REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**, Saraiva, São Paulo, 20ª ed. 2002. p.711

ROSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**; [tradução Antonio de Pádua Danesi]. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo Penal, Parte Geral**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual do Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.